Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 196
AÑO LXII
JULIO - DICIEMBRE 1994
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EL OMBUDSMAN COMO ORGANISMO DE CONTROL DE LA ADMINISTRACION

TARCISIO OVIEDO SOTO
Prof. de Derecho Constitucional
Universidad de Concepción

INTRODUCCION

El 1 de abril de 1991, firmado por S.E. el Presidente de la República de ese entonces, don Patricio Aylwin Azócar y, por sus ministros del Interior, don Enrique Krauss Rusque, y de Justicia, don Francisco Cumplido Cereceda, era remitido a la Cámara de Diputados un Proyecto de Reforma Constitucional sobre Poder Judicial, Consejo Nacional de la Justicia y Defensor del Pueblo.

Este último organismo entraría a integrar la Constitución Política del Estado en un Capítulo VII bis con un epígrafe igual al indicado, y sería "autónomo e independiente de toda otra autoridad"[1].

Se hacía presente que su creación obedecía al deseo presidencial de lograr un "perfeccionamiento de los medios de protección de los derechos humanos, por cuanto los organismos tradicionales no bastan para dar una efectiva protección en esta área..." y se hacía presente que en Chile existieron antecedentes sobre esta institución, específicamente en la Constitución Provisoria de 1818 en cuyo Título III se determinaba la necesidad de la existencia de "un censor para cuidar de la observancia de la Constitución y de las transgresiones que notare".

Se agrega que "este órgano tendrá por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto por los organismos de la Administración del Estado, el respeto de los derechos civiles y políticos..." que se contienen en la Constitución, excluyéndose de su jurisdicción a los Poderes Legislativo y Judicial y a los derechos socio-económicos.

La reforma en sí establece que el Defensor del Pueblo será designado por el Congreso Nacional a proposición del Presidente de la República y por el lapso de cuatro años renovables por modificación del artículo 50 de la Constitución, y que será inhábil para ser candidato a diputado o senador, por modificación del artículo 54 de la misma. Tampoco podrá optar a ningún cargo de elección popular hasta después de dos años de terminado su período.

El artículo 83 bis del Proyecto, primero del capítulo VII bis, a que hemos he-

[1] Mensaje Presidencial. Boletín N° 332-07.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cho referencia, establece a la letra que "un organismo autónomo, independiente de toda otra autoridad, con el nombre de Defensor del pueblo, tendrá por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto por los órganos de la Administración del Estado, de los derechos a que refieren los números 1 al 8, ambos inclusive, 12, 13, 14 y 15 del artículo 19 de esta Carta, con el objeto de propender a su pleno imperio".

Y en el inciso segundo agrega que "en el cumplimiento de su función este organismo no interferirá en el ejercicio de las facultades que correspondan a las autoridades políticas, administrativas, jurisdiccionales y de control, todas las cuales, sin embargo, deberán proporcionarle los antecedentes e informes que indique la ley. Podrá también hacerles presente su parecer en relación a los casos de que tome conocimiento y sugerir a los Poderes públicos las reformas de las normas jurídicas destinadas a lograr la plena vigencia de los derechos constitucionales ya referidos".

Por último, determina que "la Ley Orgánica Constitucional del Defensor del Pueblo contendrá las normas que determinen su organización y funcionamiento de este organismo, sus atribuciones y los procedimientos a que se ajusten las peticiones y denuncias que se le formulen. Una ley regulará la dotación y modo de designación de su personal, el financiamiento de sus gastos y la forma de publicidad de sus actuaciones y de los dictámenes y recomendaciones que habrá de presentar al Congreso Nacional con la periodicidad que ella determine".

El mismo día 1 de abril, el Ejecutivo enviaba a la misma Cámara de Diputados el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Defensor del Pueblo.

Todo lo dicho, con el fin de adentrarnos a examinar sucintamente la historia de esta institución y sus fundamentos, para cuyos efectos partiremos por un estudio somero del Control de la Administración y sus formas, para terminar, por ahora, con los antecedentes históricos del Ombudsman, en especial su instauración en Suecia, donde tiene su origen.

EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION

El Control de la Administración, en términos muy generales, tiende, en el fondo, a que todos los órganos y funcionarios de la Administración se ciñan en su actuación a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, todo ello, tenido en cuenta en nuestra normativa constitucional, específicamente en el artículo 7° inciso segundo, cuando allí se expresa que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes", estableciendo como sanción la nulidad del respectivo acto, y las responsabilidades de quien hubiere obrado en contrario.

Muchos autores han tratado de definir qué se entiende por control y así, entre otros, el profesor Rolando Pantoja Bauzá dice que "es un examen de las actuaciones administrativas, practicado por un órgano público, con el fin de establecer o verificar si esas actuaciones se han ajustado o no a las normas jurídicas, administrativas o técnicas que rigen estas actuaciones"[2].

Por su parte, el profesor Enrique Silva Cimma, refiriéndose al control como base orgánica de la Administración, dice que su fundamento "dice relación directa con el principio de la probidad de la función pública, o sea, con la integridad y honradez de procedimiento que deben constituir la meta de toda correcta administración y, más pro-

[2] Pantoja Bauzá, Rolando. "El control de la Administración del Estado". Apuntes inéditos. 1976. pág. 1.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fundamente todavía, con la necesidad de garantizar a los habitantes que las cargas que se les imponen en beneficio social no son dilapidadas o malversadas, sino que se inviertan en la satisfacción de las necesidades públicas, para lo que los servicios públicos han sido creados", y, en consecuencia de lo anterior, expresa que "en general, entonces, entendemos que el control... persigue el cumplimiento de las leyes en los actos de la Administración, vale decir, el respeto a la juridicidad, y el respeto también de todas aquellas normas y procedimientos que regulan la inversión de los fondos o caudales públicos"[5].

Pero sea cual fuere la definición que de control se dé o acepte, es un hecho que éste es de la esencia dentro de un estado de Derecho.

Diversas formas de control

El control admite diversas formas y clasificaciones, de las cuales examinaremos sólo aquéllas más relevantes:

1. La primera clasificación se hace *atendiendo al fin perseguido* por el control y así se distingue entre:

a) *Control de eficiencia o de mérito*, que dice relación con la oportunidad o la conveniencia del acto controlado y, atendiendo, como su nombre lo dice, a la eficiencia, a la regularidad y a la normalidad de la actividad administrativa;

b) *Control de legalidad*, cuyo objetivo es velar por que la actuación administrativa se encuadre siempre dentro de los marcos de la Constitución y las leyes, tal como lo dispone nuestra Constitución en su artículo 7° inciso segundo, que ya hemos transcrito.

c) Algunos agregan, dentro de esta clasificación, lo que se ha dado en llamar el *control financiero*, que está destinado a velar por la correcta percepción y giro de los fondos que se han destinado a cada servicio. Sin embargo, la mayoría de los estudiosos del tema estiman que tal control se encuentra inserto en el ya mencionado control de legalidad.

2. Una segunda clasificación lo hace *atendiendo al órgano que ejerce el control*, y en tal sentido distingue entre:

a) *Control administrativo interno o autocontrol*, que sería aquel que ejercen los propios órganos de la administración activa, sea el mismo órgano del cual emanó el acto, a través de la revocación, o el superior jerárquico a través de la invalidación del acto del inferior, en ejercicio de su jurisdicción retenida, o simplemente, de oficio haciendo uso de sus prerrogativas de superioridad jerárquica.

De esta forma, entonces, a través de este tipo de control, la propia administración puede invalidar sus actos viciados o retirar los que resulten inoportunos o inconvenientes.

b) *Control externo*. Este tipo de control puede revestir dos formas: En primer lugar aquel que corresponde a órganos de administración, pero que no son de la administración activa, y el que corresponde a órganos distintos de la administración, en general. Dentro del primer rubro tenemos -y pondremos el ejemplo de nuestro sistema- el control que se realiza por un órgano administrativo autónomo, cual es la Contraloría General de la República, que no pertenece a la Administración activa sino a la Administración de contralor. En este aspecto, eso sí, el control se reduce a la legalidad del acto, pero nunca a la eficiencia y al mérito, dado que este último es de exclusividad de la Admi-

[5] Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. 1969. T. II. pág. 150.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nistración activa. Y dentro del segundo rubro, se contempla el *control jurisdiccional* que es el que se ejerce por los Tribunales de Justicia, los que, en cualquier caso, deberán ser estimulados por el particular afectado por el acto, a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, estos tribunales podrán ser los propiamente llamados tribunales administrativos, o bien los tribunales ordinarios en caso de inexistencia de aquéllos, cual es la situación actual en nuestro medio.

3. También se acostumbra clasificar el control *atendiendo a la oportunidad en que el control se ejerce*, y en tal sentido se distingue entre control a priori o preventivo y control a posteriori o represivo.

Se entiende por *control preventivo o a priori* aquel que se ejerce antes que el acto se perfeccione o ejecute, y su finalidad es prevenir que el acto que se libre sea un acto ilegal -en cuyo caso hablaremos de control preventivo de legalidad- o bien prevenir que ejecute un acto que sea inoportuno o inconveniente, en cuyo caso estaremos en presencia de un control preventivo de mérito.

Por el otro lado, se entiende por *control represivo o a posteriori* aquel que se ejerce una vez que un acto de la Administración ya ha sido perfeccionado. En tal caso, si en su ejercicio se determina que el acto es ilegal, se procede a retirar el acto por la vía de la invalidación -si el retiro lo practica la Administración activa- o de la anulación, si el retiro lo realiza la judicatura. Si, por el contrario, lo que está en cuestión no es la legalidad, sino el mérito del acto, sólo la Administración activa podrá proceder a su retiro, en ejercicio de sus potestades de revocación.

En ambos casos, si del acto retirado se ha derivado un daño, éste deberá ser resarcido y podrá quedar comprometida la responsabilidad del Estado por acto de la Administración.

Antes de cerrar este párrafo, es preciso dejar muy en claro que a este principio del control de los actos de la Administración, elevado al rango de base de la Administración del Estado, quedan sometidos no sólo todos los órganos de la Administración centralizada, sino que también todo tipo de personas jurídicas públicas o entes personificados que configuran la Administración descentralizada del Estado.

Nuevas tendencias en materia de control

Es un hecho la ocurrencia de múltiples y profundos cambios, en lo que va corrido de este siglo, en relación con el quehacer social del hombre y lógicamente en lo que dice relación con el Derecho, el cual, al decir de muchos, no ha evolucionado con la debida prontitud o la misma ligereza que los problemas que debe abordar y resolver, de índole tecnológico, científico, social, económico o político, de modo que muchas veces aparece con una capacidad bastante limitada y con una extrema lentitud para adaptarse a las nuevas formas y cambios que la Humanidad en general ha experimentado en los últimos decenios.

La relación individuo-Estado, en cuanto se da entre aquél y la Administración, se está realizando bajo condiciones que no posibilitan el enmarcamiento en las técnicas tradicionales, tanto en relación con las garantías individuales, como en lo que respecta al control jurídico del Estado de Derecho.

En tal sentido se arguye que la actividad administrativa del Estado ha estado sometida a una legalidad casi inmutable y, en consecuencia, ha debido entrar de hecho a regirse por principios de equidad con el fin de propender al bienestar social. Así al menos lo siente el profesor Hugo Caldera cuando expresa que "el control es indispensable no sólo para velar por el respeto del Derecho y para la realización de las metas específi-

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cas que configuran el bien común coyuntural (esto es lo que, en una época determinada y generalmente no muy larga, tanto los gobernantes como la opinión pública mayoritaria entienden por bien común a secas), sino que también es imprescindible para tutelar los derechos que la Constitución asegura a los individuos. El control -agrega- tiene como fin el proteger al administrado, quien se encuentra actualmente enfrentado a una Administración que es omnipotente, omnipresente y omnisciente"[4].

Muchos han pensado, entonces, que una posible solución a las actuales deficiencias en materia de métodos de control de la Administración del Estado podría encontrarse en la búsqueda de un nuevo sistema adicional, el cual podría consistir -para muchos- en adoptar la nórdica institución del Ombudsman.

BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

Sin perjuicio de que comúnmente se asocie la idea del Ombudsman al sistema sueco, el profesor Jorge Mario Quinzio estima que históricamente existieron instituciones que podrían constituirse en precursoras de la citada institución, y al efecto señala los llamados "Euthynoi" en la antigua Atenas, funcionarios que "eran electos por el Consejo de los Quinientos, ejercían vigilancia sobre los funcionarios gubernamentales con el objeto de asegurar el cumplimiento de los acuerdos adoptados por dicha organización. Realizaban tanto investigaciones a partir de las denuncias de los ciudadanos como por propia iniciativa, proponiendo el juzgamiento popular de los infractores"[5].

Por su parte, en Esparta los "Efloren" eran designados por el Consejo de la Ciudad y sus atribuciones eran las de control sobre las actividades municipales con poderes disciplinarios sobre el rey y los funcionarios, desempeñando también funciones jurisdiccionales.

Cita el mismo profesor también el caso chino, durante la dinastía Han, en que existió un funcionario denominado Yan que ejercía control sobre la administración imperial; el caso persa, en la época de Ciro en que existía un funcionario denominado "O Olho do Rei", con facultades de control sobre todos los funcionarios; el de Venecia, con el Consejo de los Diez, en el siglo XV; el "Defensor Civitatis", del Derecho Romano, con la misión de defensor de la ciudad y, como tal, de "proteger a los humildes contra las exacciones ilegales de los gobernantes, las opresiones de los poderosos y los atropellos de las autoridades municipales"; el Procurador General en Rusia, durante Pedro el Grande, El Sahib-al-Mazalim en la España musulmana; el Justicia Mayor de Aragón en el siglo XII.

Menciona también -lo que nos parece más unido a la actual existencia del Ombudsman- el caso de Turquía, en el siglo XVIII, en que se creó "una repartición superior de justicia (que) ejercía vigilancia sobre los funcionarios con el fin de asegurar la obediencia a la ley islámica. Esa repartición -agrega- *fue la que inspiró al rey sueco Carlos XII a la creación en su país del cargo de Supremo Representante del Rey*"[6].

Por su parte, Gil Robles y Gil Delgado creen que, en relación con los países escandinavos, la primera adaptación correspondería a Dinamarca, quien "será el primer país que incorpore la figura a un régimen de neto parlamentarismo y responsabilidad plena del gobierno ante el legislativo", y en segundo lugar, y como un paso decisivo, mencionan la "instauración en 1967 en Gran Bretaña de un "Parliamentary Commissio-

[4] Caldera Delgado, Hugo. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979, pág. 344.
[5] Quinzio Figueiredo, Jorge Mario. *El Ombudsman*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 13.
[6] Quinzio F. Mario, obr. cit. pág. 16.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ner". Mencionan también el caso francés con el "Mediateur", casos todos que son derivaciones de Ombudsman sueco[7].

Pero, realmente, el país en donde encuentra su real génesis es Suecia, que es en "donde surge y se perfecciona en sus más característicos rasgos", al decir del mismo autor anterior.

Según el profesor André Legrand, el primer antecedente del Ombudsman en Suecia está en la figura del "Gran Sénéchal ("drotsen") surgida en el siglo XVI, cuya misión fundamental era perfectamente delimitada en el Referingsform de 1960 (con la misión de) vigilar, bajo la autoridad suprema del rey, el buen funcionamiento y administración de la justicia del reino"[8].

Posteriormente se instituye un "Konungens ombudsmannen" bajo el reinado de Carlos XII, en 1713, que en 1719 pasa a denominarse Justitie-Kansler, para -previas algunas variaciones de dependencia- llegar en 1809 a institucionalizarse definitivamente con el nombre de "Justitie-Ombudsmannen".

Este funcionario sería designado por el Parlamento, perfectamente independiente y "que no se encuentra sometido más que a la ley, pero que conlleva una obligación de informar al órgano que le eligió"[9].

En nuestro medio también se ha querido ver un precedente en nuestra evolución constitucional, como lo advierte el Mensaje Presidencial a que hicimos alusión en un comienzo, específicamente en la Constitución Provisoria de 1818, en la cual se crea un funcionario comunal con el nombre de "Censor" y que era designado por el Cabildo[10]. Sin embargo, a nuestro modo de ver, son tales las diferencias de competencias como de generación, que no sería dable aceptar el más mínimo rasgo de similitud.

EL OMBUDSMAN EN LA LEGISLACION SUECA

Como hemos dicho en un comienzo, veremos el sistema del Ombudsman en Suecia, y no en otros países, que son muchos. A tal respecto sólo señalaremos que hasta el año 1981 habían adoptado el sistema, con distintos nombres, 21 Estados unitarios, 6 Estados federales y algunos de los estados federados de éstos, múltiples ciudades, condados y otras entidades, y 15 países que tenían, a la época, proyectos para su instauración.

Como ya se había adelantado, el origen de la institución en Suecia está muy vinculado a las relaciones entre el Rey y el Parlamento desde la época del Rey Carlos XIII. En 1713, el monarca designó en la capital del país un funcionario que con el nombre de "Canciller de Justicia" debía asegurar la fidelidad de los servidores de la corona y su correcto proceder"[11].

En 1809, el 6 de junio, cuando Suecia se da una Constitución Democrática, se crea la institución del Ombudsman a partir del Canciller de Justicia, "apareciendo como símbolo de la separación de los poderes del Estado, así como el personaje encargado de controlar que las leyes sean respetadas, tanto por las instancias administrativas como por los Tribunales de Justicia"[12].

[7] Gil Robles, Alvaro y Gil Delgado. *El control parlamentario de la Administración. (El Ombudsman)*. Colección de Estudios Administrativos. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1981, pág. 35.

[8] Legrand, André. *El Ombudsman escandinavo*, París 1970, pág.22.

[9] Gil Robles y Gil Delgado, Obr. cit. pág. 41.

[10] Caldera Delgado, Hugo. Obr. cit. pág. 378.

[11] Barrios Boll, Jorge. *El Ombudsman*, Universidad de Concepción, 1989, pág. 17.

[12] Rowat, Donald. *El Ombudsman*. The Carlenton Library No. 17. Toronto. Canadá. 1973, pág.VII.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este Ombudsman será un funcionario de origen parlamentario, designado por el Parlamento por un período de cuatro años, susceptible de renovarse por períodos iguales, siendo independiente tanto del Ejecutivo como del Parlamento. Ello se demuestra, en primer lugar, porque se encuentra fuera de la política contingente y protegido de las influencias políticas y, en segundo lugar, porque el Parlamento carece de facultades para ordenarle algún tipo de acciones o de hacerle recomendaciones que impliquen obligación de actuar conforme a ellas.

Por el contrario, tiene "la facultad de decidir qué asuntos serán materia de la investigación y qué acciones estima conducentes tomar. Ni el Parlamento ni el Poder Ejecutivo tienen capacidad para influir en sus decisiones, instruirles sobre qué casos investigar o qué dirección seguir en sus investigaciones"[13].

Esta situación adquiere mayor fuerza, dado el hecho de que el Ombudsman -si bien es designado por el Parlamento- no lo es en forma directa, sino "indirectamente a través de una comisión constituida al efecto y cuya composición es cuidadosamente estudiada, ya que se trata de evitar por todos los medios posibles que él sea un hombre 'de partido' o que sea elegido gracias a la fuerza de un determinado partido. Muy por el contrario, es ya una constante en la historia de la institución, que la designación se realice por unanimidad de todos los partidos representados en el Parlamento y que la misma recaiga sobre persona de reconocida solvencia moral y prestigio jurídico"[14], con lo que se pretende dar absoluto cumplimiento a la disposición de la Constitución en el sentido de que la designación del Ombudsman recaiga en un "jurisconsulto de probada ciencia y de integridad particular".

Por último, el Ombudsman desde el momento de su designación, durante su desempeño y hasta cuatro años de terminadas sus funciones no puede ocupar ningún otro cargo, con lo que se pretende evitar una indirecta dependencia del Rey o de la Administración.

Sin embargo, hasta aquí todo deja la impresión de que la institución del Ombudsman está relacionada con un órgano unipersonal. No hay tal. Hacia 1915 la actividad del Ombudsman se desdobla y apara el llamado "Militieombudsman", que tendría como misión especial "controlar la administración militar e investigar todas las quejas que soldados u oficiales tuvieran en relación con su servicio en el Ejército, y las posibles transgresiones de sus derechos individuales durante su permanencia en el mismo"[15], situación que toca a su fin en 1967, en que, si bien se vuelve a la unidad orgánica, se otorga a esta institución tres campos diferentes de actuación, "cada uno de los cuales es fiscalizado por un Ombudsman distinto. Es decir, una función única compartida por tres personas, cada una de las cuales ostenta el título de Justitie-Ombudsman"[16]. Tal división es la siguiente:

a) Uno vigila los Tribunales, Fiscales, Ejército y Policía;

b) Otro atiende a los asuntos sociales, información, prensa y educación nacional, y

c) Un tercero, a quien corresponde el resto de los asuntos concernientes a la Administración no controlados por los otros dos Ombudsman (transportes, contribuciones, etc.).

Todo lo anterior, sin perjuicio de nuevas modificaciones que han aparecido a raíz de la entrada en vigor -el 1 de enero de 1975- de la nueva Constitución sueca.

[13] Arrieta, Raúl. "El Ombudsman en el Derecho Comparado". *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello. Venezuela. Vol 81-82 N°32, pág. 39.
[14] Gil Robles y Gil Delgado. Obr. cit. pág. 41.
[15] Legrand, André, Obr. cit. pág. 121.
[16] Gil Robles y Gil Delgado, Obr. cit. pág. 43.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

COMPETENCIA DEL OMBUDSMAN

Una situación que es conveniente resaltar con particular énfasis, porque justifica la existencia del Ombudsman en Suecia -y que no se da en países como el nuestro-, es la que destacan Gil Robles y Gil Delgado en su obra tantas veces mencionada. A este respecto creemos conveniente transcribir algunos párrafos de la misma:

"En el caso de Suecia es necesario partir de una previa clarificación de las relaciones que mantienen entre sí gobierno y Administración.

"Es éste, precisamente, uno de los *rasgos fundamentales que marcan a fuego la razón de ser* y las características propias del Ombudsman en aquel país. *En Suecia existe una separación orgánica y tajante entre la función política y la Administración.* Ello quiere decir que existen dos bloques perfectamente determinados: El Rey y sus Consejeros o Ministros, de una parte, y de otra, la Administración propiamente tal.

"Con respecto al Rey, y como Jefe de Estado, queda por completo al margen de cualquier tipo de fiscalización por parte del Ombudsman, así como los Ministros en el desarrollo de una labor política y adopción de resoluciones generales de tipo político que naturalmente afectan a la Administración en tanto en cuanto son las orientaciones generales para su funcionamiento.

"Dada la clara separación Gobierno-Administración, se comprende que a la cabeza de ésta se encuentren las grandes Direcciones Generales no subordinadas jerárquicamente a los Ministros, algunas de las cuales cuentan con miles de funcionarios, mientras algún que otros Ministerios no llegan al centenar.

"De otra parte, y tras una larga lucha histórica con el poder real, los funcionarios han llegado ha alcanzar la seguridad e inamovilidad en el puesto, lo que explica que, en base a tan especial estructuración administrativa, el funcionario goce de un amplio margen de actuación bajo su entera responsabilidad y que su control, en estas circunstancias, por el Ombudsman sea absolutamente esencial.

"La competencia del Ombudsman tendrá por tanto un ámbito de tipo personal: todos aquellos funcionarios y agentes públicos investidos de responsabilidad en razón de su función. Semejante responsabilidad personal se abate sobre todos los funcionarios del Estado sometidos a un orden jerárquico (direcciones centrales y servicios exteriores), al personal de los establecimientos de interés público (empleados de los servicios sociales, etc.), así como los agentes interinos.

"Esta delimitación enumerativa, que tiene carácter limitado, ha permitido que prácticamente se le considere como un sistema de 'lista'"[17].

Quedan fuera del control del Ombudsman los miembros de los Concejos municipales y generales elegidos; pero extienden su campo de acción sobre los Jueces, los Tribunales y las Iglesias.

Respecto de estos últimos controlan el Ministerio Fiscal los magistrados inferiores y las autoridades penitenciarias, siendo su rol un poco más limitado en relación al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo Supremo pues, a su respecto, el Ombudsman no podrá hacerles objeto de críticas "más que por sus actos jurisdiccionales y siempre que en 'forma manifiesta' dicten una sentencia injusta y contraria a las leyes formales y a la evidencia de los hechos debidamente establecidos"[18].

[17] Ibidem, págs. 44 y 45
[18] Ibidem, pág. 49

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Más aún, en este mismo ámbito tiene el Ombudsman atribuciones para "exigir información y tener acceso a los expedientes judiciales e investigaciones en curso, aun cuando ellos tengan el carácter de secretos..."[19].

Organización del Ombudsman

Todos los Ombudsman tienen una oficina común con una completa planta de funcionarios, integrada por un Secretario, Director de Divisiones de Investigación y otros funcionarios menores.

El Secretario -que trabaja a las órdenes de un Jefe Administrativo- es responsable del funcionamiento de la oficina y debe asegurar que todos los comisionados reciban la asistencia necesaria.

Sin perjuicio de lo anterior, cada Ombudsman tiene una oficina con cincuenta personas para asistirlo, incluyendo 23 abogados, 22 secretarias y personas de servicio. Los abogados -todos altamente calificados- son reclutados, en un 40% de los Tribunales Civiles y Administrativos, y en un 60% de oficinas especializadas de la Administración pública. Normalmente conocen sobre los tres mil casos anualmente.

Forma de acceso al Ombudsman

Básicamente la situación es muy sencilla. El Ombudsman puede actuar de oficio o a petición de parte interesada.

La acción de oficio le es inherente por cuanto calza perfectamente dentro de su primera obligación, cual es la vigilancia. Así, entonces, puede comenzar su actuación como consecuencia de visitas periódicas de inspección que realiza a todos los organismos, sean éstos administrativos, judiciales o militares o -tan fácilmente, como dicen algunos- por la simple lectura de un periódico.

Por otro lado, *la acción a petición de parte* se inicia a través de las quejas de los administrados, cuando éstos estiman que -de alguna manera- la administración ha vulnerado sus derechos. La amplitud de la expresión "los administrados", que conscientemente hemos empleado, es bastante lata, puesto que el directamente afectado por el acto u omisión de la administración puede, lógicamente, iniciar el reclamo en su propio interés particular; pero además dentro del término se incluye *cualquier persona* en razón del *interés general*, quien también puede dirigirse al Ombudsman. Lo que sí se exige como norma general es que la presentación de cualquier solicitante lo sea en forma individual y no colectiva.

La forma del reclamo no está revestida de ninguna solemnidad. Si ella se plantea por escrito, debe eso sí contener la individualización de la autoridad a que se refiere, la determinación precisa de la actuación o resolución contra la que se reclama incluida su fecha, y lógicamente los datos de identidad y domicilio del reclamante, sin que se requiera del patrocinio de abogado ni de representación de un profesional. Obviamante, ello no impide que el reclamante pueda, si lo desea, hacerse asesorar por un letrado "en todo cuanto se refiere a la acción a iniciarse ante el Ombudsman"[20].

Se exige también que el reclamante acompañe a su queja cualquier documento o antecedente que se encuentre vinculado a la investigación y que obre en su poder. Una vez recibido el documento que contiene la queja, la oficina receptora debe otorgar un recibo de la reclamación al reclamante.

[19] Soto Kloss, Eduardo. "El Ombudsman Nórdico-Sajón: Un control de confianza". *Revista de Derecho Público*. Universidad de Chile. N° 11. Santiago 1970. pág. 13.
[20] Gil Robles y Gil Delgado. Obr. cit. pág. 48.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Lo que sí existe es un plazo que podríamos llamar de prescripción de la acción de reclamo. Este, efectivamente, no puede presentarse cuando se trate de hechos o circunstancias que hayan acaecido con más de dos años de antelación a la fecha de recepción de la reclamación, salvo que el interés público determine lo contrario, según se encuentra establecido en el artículo 20 de la Instrucción para los Ombudsman de 27 de noviembre de 1975.

Sin embargo, y pese a la flexibilidad que se ha anotado, es posible que el Ombudsman no acoja a tramitación una reclamación cuando sea absolutamente inverosímil o absurda, o bien cuando falten todo tipo de pruebas o indicios de realidad.

Por otra parte -y trátese de actuación de oficio o a través de reclamo- queda a salvo la circunstancia de que el Ombudsman, durante una investigación, descubra otras situaciones insatisfactorias u otros errores cometidos no incluidos en la respectiva queja o investigación primitivas, en cuyo caso podrá ordenar de oficio el inicio de una nueva investigación sobre los nuevos hechos detectados.

Sobre la materia es conveniente hacer presente que el número de investigaciones que se inicia de oficio alcanza apenas a unas diez causas anuales, pero que sí, por regla general, se refieren a asuntos de mucho mayor importancia que las que se conocen a través de las quejas[21].

Si tenemos presente que, como hemos visto, los asuntos de que conoce el Ombudsman son como término medio tres mil anuales, y sólo diez lo son por conocimiento de oficio y que éstas son las que realmente revisten importancia, tendremos que casi el total de la competencia de este funcionario está aplicada a asuntos de menor relevancia y sólo a través de la reclamación.

Poderes del Ombudsman

Las grandes bases generales en relación con los Poderes de los Ombudsman se encuentran en los dos primeros párrafos del artículo 10 de la Institución de 29 de diciembre de 1967, que a la letra expresan:

"Los Ombudsman deben adoptar las medidas de investigación adecuadas para el examen de las quejas y otros asuntos.

"Las autoridades y funcionarios deben proporcionar a los Ombudsman las informaciones y asistencia que soliciten. Los Ombudsman pueden imponer una sanción que puede elevarse hasta un límite de mil coronas en apoyo de sus peticiones de explicaciones o de información".

Y a este respecto es importante el hecho de que no puede ser opuesta la excepción del secreto administrativo u oficial ya que todos, en forma absoluta, los documentos oficiales y los archivos de la Administración, deben ser puestos a su disposición en caso de que sean solicitados. Hacen excepción solamente algunos especialísimos casos que afectan, en materia militar, a la seguridad nacional.

Sólo quedan exceptuados de estas reglas los ministros y los jueces del Tribunal de Justicia y de la Suprema Corte Administrativa.

Una vez concluida la investigación el Ombudsman puede perseguir al funcionario ante una autoridad judicial o bien amonestarlo por su incorrecto proceder, debiendo eso sí hacerse presente que en la actualidad la persecución judicial se encuentra en claro desuso y que la que más se utiliza es la acción dirigida directamente contra el fun-

[21] Wilgelius, Anders. "El Ombudsman o Defensor del Pueblo y el Poder Judicial en Suecia". *Cuaderno de Estudios Judiciales*. Chile. 1990. pág. 224.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cionario, pudiendo, incluso, hacer proposiciones al legislador para que modifique la legislación existente que pudiere ser causa de la injusticia que reporta el administrado.

De modo que, recapitulando con Gil Robles y Gil Delgado, podemos llegar a la conclusión que el Ombudsman puede: "1) Acusar judicialmente al funcionario investigado. 2) Hacerle llegar una amonestación sin formularle acusación de tipo penal. 3) Hacerle llegar recomendaciones o sugerencias para un mejor servicio, sin que las mismas revistan carácter sancionatorio. 4) Sugerir al gobierno una reforma de las normas" [22].

Sin perjuicio de lo anterior -y al parecer es lo que más refuerza su quehacer- el Ombudsman debe rendir un informe anual al Parlamento y puede dar publicidad a sus actuaciones. Esto último porque el informe es impreso y distribuido a todos los tribunales y servicios del gobierno, por lo que todos ellos conocerán las actuaciones que han sido objeto de investigación y sanción y el nombre del funcionario que ha incurrido en ellas. Como dice el tratadista Bainbridge, ésta es "la auténtica arma del Ombudsman, pues nadie quiere ver incluido su nombre en este libro. Es, en cierto sentido, lo contrario a un 'Who's who' (Guía de sociedad) para los miembros de la Administración Pública. Para evitar que su nombre se encuentre mencionado, los jueces y los funcionarios se ven obligados a poner un poco más de atención en la forma en que desempeñan su trabajo. He ahí un elemento importante -incluso capital- del trabajo del Ombudsman. Su sola existencia impide un buen número de errores y abusos de poder"[23].

Además, parte del contenido de este libro se completa con su reproducción por los medios de información social, camino que sirve para que el público se entere de las investigaciones realizadas y de sus resultados, lo que indudablemente adquiere una clara comprensión de la efectividad e importancia de la labor del Ombudsman.

Sin embargo, el poder del Ombudsman no es tan absoluto, pues el funcionario que resulta afectado por alguna disposición suya puede ejercer ciertos derechos que, en general, han sido llamados "derecho de apelación" aunque técnicamente no lo sea. Efectivamente, el funcionario afectado puede solicitar al Ombudsman que revise el caso para cuyos efectos debe presentar la debida solicitud y puede eventualmente lograr que el Ombudsman modifique su opinión y deje sin efecto la medida adoptada en su contra. Puede también -en ciertos casos limitados- exigir que el Ombudsman lo acuse formalmente ante los tribunales competentes, donde se dilucidará en forma definitiva su posible abuso de autoridad y falta de acuciosidad, o bien, por último, puede reclamar ante la Comisión Parlamentaria encargada de verificar la labor del Ombudsman, del resultado de las investigaciones de éste.

Sin embargo, la labor publicitaria, tan necesaria para la efectividad de la labor del Ombudsman se ve un tanto disminuida por el temor de los medios de comunicación social de que pudieren producirse acusaciones en su contra cuando, por ejemplo, se ha publicitado el nombre del funcionario afectado y luego resulta absuelto por la vía de alguna de las "vías de apelación" que hemos señalado. De forma, entonces, que la mejor arma del Ombudsman se ve afectada en el sentido de que "la prensa ha adoptado una posición cautelosa evitando individualizar a los afectados e informar de las quejas con escasos fundamentos"[24].

[22] Gil Robles y Gil Delgado. Obr. cit., pág. 51

[23] Bainbridge, John. "Problemas políticos y sociales - L'Ombudsman", *Documentation Française*, N° 65, 26 de mayo de 1971, pág. 12.

[24] Lundvik, Ulf. *Comentarios sobre el Ombudsman de Asuntos Civiles*, México, 1973, pág. 87.

Artículo: El Ombudsman como organismo de control de la administración
Revista: Nº196, año LXII (Jul-Dic, 1994)
Autor: Tarcisio Oviedo Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La pluralidad del Ombudsman

Sin perjuicio de haber comenzado la institución como prácticamente unipersonal (podríamos decir al estilo de nuestra Contraloría General de la República, con las debidas y notorias diferencias) con el tiempo el Ombudsman deja de ser una sola entidad y se transforma, dando lugar a la creación de distintos tipos de Ombudsman y así aparecen sucesivamente el que se ocupa de asuntos militares, el Ombudsman antitrust, el del consumidor, el de prensa, el incluso destinado a la igualdad de sexos, o contra la discriminación étnica, con la diferencia de que algunos de ellos no son nombrados por el Parlamento, sino que por el gobierno, transformándose, entonces, en verdaderos comisionados gubernamentales.

Esta última situación ha hecho que, "mientras el modelo sueco adquiría notoriedad mundial, en su propio país sufría verdaderas deformaciones que desdibujaban sus rasgos primitivos"[25], lo que, indudablemente, lleva a pensar en la necesidad de ser extremadamente rigurosos al momento de pretender implantarlo en nuestro medio.

[25] Barrios Bool. Obr. cit., pág. 35.